

## 특수형태근로종사자들의 보호에 관한 연구\*

### A Study on the Legal Protection of “Persons in Special Types of Employment” in Labor Law

이 우 진(Lee, Woo Jin)\*\*

#### ABSTRACT

Although “Persons in Special Types of Employment” is a worker, but is excluded from the definition of the “worker” concept of the Labor Standards Act and Trade Union and Labor Relations Act, and thus is not covered by the labor-related laws such as the Labor Standards Act and Trade Union and Labor Relations Act. Therefore, in the labor and academia, it is classified as a type of irregular worker and is called as a special employment irregular worker.

The current Labor Standards Act and the Trade Union and Labor Relations Act narrowly define the concept of “worker”, and the majority of “Persons in Special Types of Employment” are not covered by workers' categories, thus failing to be protected by labor-related laws and regulations. This article focuses on trends in case law and examines these issues. In this article, we have reconstructed the criteria for judging whether workers with “Persons in Special Types of Employment” are employees or not through the case of a operation writer in the broadcast.

In particular, it is the position of this paper that the majority of “Persons in Special Types of Employment” should be recognized as laborers under the Labor Union Act and that the labor's three primary rights should be guaranteed.

Key words: persons in special types of employment, employee, independent contractors, nonstandard work

\* 이 논문은 2018학년도 백석대학교 대학연구비에 의하여 수행된 것임.

\*\* 백석대학교 경찰학부 교수

## I. 서설

1990년대 이후 세계적인 불황과 경제 글로벌화의 영향으로 전통적인 고용관행에 변화가 발생하고 있다. 즉 장기적인 고용관행이 붕괴되고 비전형적인 노동관계가 증대하고 있어 우리 사회에 여러 가지 문제가 발생되고 있다. 우리나라에서 주로 문제가 되었던 경우는 골프장의 캐디(대판 1996.7.30., 95누13432), 전력회사의 위탁수금원(대판 1978.7.25., 78다510), 학습지회사의 상담교사(대판 1996.4.26, 95다20348), 입시학원의 강사(대판 1996.7.30., 96도 732), 보험설계사(대판 2000.1.28., 98두9219), 레미콘차량기사(대판 2006.10.13., 2005다 64385), 대리운전 기사(대구지판 2008.5.9., 2007가단108286), 화물트럭기사 등인데, 상대방인 사업주와의 사용종속관계(인적 종속관계)에 있지 않다는 이유로 근로자성이 부인되는 사례가 적지 않다고 한다.<sup>1)</sup> 또한 방송사 구성작가, 킥서비스배달원, 간병인, 각종 배달원(우유배달, 신문배달 등), 출판편집원, 사진사, 모델, 연예인, 예술인, IT컨설턴트, 관광가이드, 조사면접원 등 각종 프리랜서, 가내근로자, 주유원, 건설노동자, 대출모집인, 채권추심인, 각종 프랜차이즈사업자 등이 특수형태근로종사자 직종으로 거론되고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 비전형 근로자들이 증가하게 된 배경은 대부분 필요한 때에 필요한 만큼의 노동력을 확보하거나 노동법의 적용을 면하여 인건비 부담을 경감하고 고용책임을 회피하려는 사용자측의 의도에서 비롯된 것이라는 견해가 있다.<sup>3)</sup> 따라서 특수고용관계종사자들에 대한 사회적 보호가 절실히 요청되고 있는 실정이며 이들에 대한 노동법적 보호가 필요하다는 견해도 점차 확대되어 가고 있다. 본고에서는 방송구성작가 등의 근로자성에 대한 서울고등법원 2003.11.06. 선고, 2003누 72판결을 중심으로 특수형태근로종사자들의 보호에 관하여 살펴보고자 한다. 특히 동 판결의 원심(서울행정법원 2002.11.19. 선고, 2002구합13079 판결)이 방송국에서 근무하는 구성작가, MC, DJ, 리포터 등의 근로자성 여부에 대한 최초의 판례로 여겨지는데, 이들을 직접적인 분석 대상으로 한 문헌이 거의 없다고 여겨질뿐더러, 후술하는 바와 같이 산재보험법상의 특수형태근로종사자의 범위에도 해당되지 않아 방송구성작가 등의 보호에 심각한 문제가 발생할 것으로 여겨지는바 연구대상으로서의 의미가 있다고 사료된다.

1) 김형배/박지순, 노동법강의, 박영사, 2017년, 412면 참조.

2) 김인재, “고용형태의 다양화와 노동기본권”, 노동법학 제28호(2008. 12.), 215면.

3) 김인재, 전제논문, 214면 참조.

## Ⅱ. 사실의 개요<sup>4)</sup>

### 1. 재심판정의 경위

원고회사 경영의 MBC문화 방송국에서 구성작가, MC, DJ, 리포터 등(이하 ‘구성작가 등’이라 한다)으로 근무하던 피고들은 피고보조참가자인 노동조합(전국의 여성근로자, 비정규직 여성근로자를 조직대상으로 하여 1999년경 설립됨. 이하 ‘참가인 노조’라고 한다)에 가입하였다. 참가인 노조는 마산창원지부 지부장에게 단체교섭권을 위임하여 2001.3월경부터 같은 해 4월경까지 5회에 걸쳐 원고회사 측에 단체교섭을 요청하였다. 그러나 원고회사는 위 구성작가 등이 근로자가 아니므로 이들을 조합원으로 가입시킨 참가인 노조는 교섭당사자가 될 수 없다는 등의 이유로 위 단체교섭 요청에 응하지 않았다. 이에 참가인 노조는 경남 지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 제기하였으나 위 지방노동위원회는 구제신청을 각하하였고 참가인 노조는 이에 불복하여 중앙노동위원회에 2001부노201호로 재심을 신청하였다. 중앙노동위원회는 2002년 2월 21일 구성작가 등이 노동조합법상의 근로자에 해당하며, 원고회사의 단체교섭 거부행위는 성실교섭의무를 다하지 않은 부당노동행위에 해당한다고 판단하여, 위 지방노동위원회의 결정을 취소하고, 원고회사는 참가인 노조의 단체교섭 요구에 즉시 응하여야 한다는 내용의 이 사건 재심판정을 하였다. 이에 불복한 원고가 재심판정취소의 소를 제기하여 승소하였으나(서울행정법원 2002.11.19. 선고, 2002 구합 13079 판결), 피고가 다시 항소한 사건이다.

### 2. 인정사실

#### (1) 방송프로그램 제작에 있어서 구성작가의 역할, 업무

구성작가 본래의 업무는 프로그램 내용의 구성 및 원고 작성이나, 구성작가가 작성하는 원고는 회사의 기획회의 등에서 정해진 당해 프로그램의 주제 등 성격, 프로그램 제작을 책임진 담당 PD의 의도, 실제 촬영 및 방송과정 등을 전제로 하는 것이어서, 구체적인 프로그램 내용의 기획, 구성, 제작은 프로그램 제작을 책임진 PD의 주도 하에 원고를 작성하는 구성작가와 카메라맨, 진행보조요원, 리포터 등 제작진이 팀을 이루어 하게 되고 프로그램 제작의 각 단계마다 수시로 스텝회의 등을 거쳐 결정됨이 일반적이다. ... 프로그램 내용 구성

4) 본 판결은 이하의 사이트에서 인용하였음. <http://www.kefplaza.com/law/case/view.jsp?nodeId=31&pageNum=63&idx=214&list=/law/case/list.work.jsp>

및 원고 작성이라는 본래의 업무 외에 출연자 섭외, 촬영 편집 시 동행 참여 등의 부수적 업무 수행이 반드시 강제되어 있는 것은 아니다.

## (2) 구성작가의 모집, 채용, 교육 등

구성작가는 프로그램 담당 PD의 개인적 섭외에 의해 해당 프로그램을 위해서만 채용되고(PD는 구성작가의 프로그램 적합성 여부를 판단하기 위한 자료로 이력서, 자기소개서, 사진 등을 임의로 제출받거나 나름의 면접을 실시할 뿐, 원고 회사가 정규직원을 채용함에 있어서와 같은 채용 절차를 거치는 것은 아님) 해당프로그램이 끝나면 더 이상 원고 회사의 프로그램 제작 등 방송업무에 관여하지 않는다. 다만, 예외적으로 원고 회사의 명의로 구성작가 선발을 위한 공고가 이루어지는 경우가 있으나 위 공고에 따라 구성작가로 선발되더라도 향후 프로그램 담당 PD에 의해 구성작가로 섭외될 수 있는 가능성이 부여되는 것일 뿐, 원고 회사와 근로계약 고용계약 등 어떠한 형태의 노무공급계약이 체결되는 것은 아니며, 원고 회사가 위 공고에 따라 선발된 구성작가에 대한 교육 등을 실시하거나 수습기간을 부여하지도 않는다.

## (3) 구성작가에 대한 업무수행과정상의 지휘 감독 여하

구성작가 본래의 업무에 해당하는 프로그램 내용의 구성 및 원고 작성 업무는 비록 원고 회사의 개편회의 등에서 정해진 프로그램 전체의 성격이나 기본 방향과 담당 PD의 기획으로도 등의 제약 하에 있기는 하나, 그 업무 자체는 구성작가 자신의 책임 하에 이루어지는 창의적인 업무로서 정형화된 업무수행방법이 있을 수 없고, 따라서 담당 PD 등이 구성작가의 업무수행에 대하여 구체적이고 직접적인 지휘감독을 한다고 할 수 없다. 또한 원고 회사 내에 구성작가의 업무수행을 규율할 만한 취업규칙 복무규정 인사규정 등 아무런 규정이 없고, 구성작가가 맡은 업무를 하지 않거나 해태하였을 경우에도 해당 프로그램 제작에서 제외될 뿐 징계 등 별도의 제재를 받지 않는다. 한편 구성작가가 프로그램 제작 과정에서 직접 스텝회의에 참여하는 등 PD의 주도하에 움직여지는 스텝의 일원이 됨이 보통이나, 구성작가가 스텝회의에 반드시 참여하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, PD의 지시에 따를 스텝의 일원이 되는 것 또한 구성작가 본래의 업무인 프로그램 내용의 구성 및 원고 작성 업무의 특성상 담당PD 및 다른 제작진과의 원활한 협조가 필수적이어서 스스로 PD를 책임자로 하는 팀체제에 합류하는 것일 뿐, 구성작가의 개인적 능력, 방송 장르 등에 따라서 PD와의 관계, PD를 책임자로 하는 팀 체제하의 합류 여부 및 그 구속 정도가 얼마든지 다르게 정해질 수 있다.

#### (4) 근무시간과 근무장소의 지정 및 구속 여부

구성작가에 대하여는 정하여진 출 퇴근 시간이 없고, 근무장소도 원고 회사로 한정되지 않으며, 원고 회사나 담당 PD가 구성작가의 근무시간이나 근무장소를 통제하고 있지도 않는 등 구성작가 본래의 업무인 프로그램 내용의 구성 및 원고 작성을 위한 시간과 장소의 선택은 전적으로 구성작가 개인에게 맡겨져 있다. 다만, 구성작가가 맡은 프로그램의 제작 일정에 맞추어 원고 회사나 취재 촬영 장소 등에 수시로 출근하는 경우가 있으나, 이는 원고회사의 일방적 지시에 의한 것이 아니라 구성작가 스스로의 결정과 필요에 따라 스텝회의에의 참여, 자료조사 및 취재, PD와의 의사소통 등 개인적 업무편의를 위한 것일 뿐이고, 필요한 업무를 마친 후에는 자유로이 그곳을 이탈할 수도 있다.

#### (5) 구성작가의 업무 대체성 여부 및 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무의 정도

구성작가의 개인적 창조물로서의 방송프로그램 원고는 창작품으로서의 본질적인 속성상 대체성이 없는 것일 뿐 구성작가가 그 원고 작성에 있어서 필요한 자료 조사와 취재, 초안 작성 등 일정한 업무를 제3자에게 의뢰하는 것이 전혀 불가능한 것은 아니며, 원고 회사가 이를 금지하고 있다고 할 수도 없다. 또한 위 원고는 특정한 방송프로그램을 염두에 두고 작성된 것이어서 이와 관련한 영업활동이 사실상 곤란한 것일 뿐 구성작가의 개인적 능력 여하에 따라서는 작성된 방송프로그램 원고를 가지고 다른 방송사와 접촉하는 것이 불가능하다고 할 수 없다. 한편 구성작가는 특정한 방송프로그램의 구성작가로 섭외되어 활동하는 동안만 그 프로그램에 종속되어 있을 뿐이고, 프로그램이 종료되면 얼마든지 다른 회사의 다른 프로그램을 맡을 수 있고, 정해진 시간 내에 맡겨진 프로그램의 내용 구성 및 원고작성 업무를 완료한다면 프로그램의 계속 중에도 다른 직업에 종사하거나 취미활동을 하는 것이 가능하며, 구성작가의 개인적 능력 여하에 따라서는 동시에 서로 다른 방송사 프로그램의 구성작가로 활동하는 것도 불가능한 것은 아니고, 원고 회사가 이를 금지하고 있다고 할 수도 없다.

#### (6) 비품 작업도구 등의 소유 이용 관계

구성작가는 자기 소유의 노트북 컴퓨터 등을 이용하여 작업함이 일반적이고, 다만 원고회사가 종래 편의제공 차원에서 회사 내에 구성작가실을 설치하고 책상과 컴퓨터 1, 2대 등 간단한 비품을 제공한 바는 있으나 일반적으로 회사가 구성작가들에게 작업공간 및 책상, 컴퓨터 등 비품을 제공하지는 않는다.

### (7) 보수에 관한 사항

원고회사의 방송제작비지급기준에 의하면 구성작가료는 프로그램이 필요로 하는 내용을 조사 또는 취재, 창작, 구성하여 프로그램의 제작과 진행에 필요한 원고를 쓴 작가료로 정의되어 있고, 구성작가의 경력과 구성능력에 따라 등급이 구분되어 각 등급별로 1주 단위 지급액이 정해져 있으며 다만 시사프로그램의 경우에는 편집 과정에서 구성작가의 협조를 얻는데 대한 대가로 제작시간이 짧은 프로그램의 경우에는 지급액의 50-60% 범위에서 지급하도록 규정되어 있는 바, 이처럼 보수 결정은 기본적으로 구성작가의 경력과 능력 및 프로그램 자체의 난이도에 따라 이루어질 뿐 구성작가의 근로시간 등과는 무관하며, 기본급이나 고정급이 따로 정하여져 있는 것도 아니다. 또한 구성작가의 보수에 대하여는 사업소득세가 부과되고 근로소득세가 원천징수 되지 않는다. 한편 위 방송제작비지급기준에는 구성작가료 외에도 리포터, 분장 및 의상 코디네이터, 출연료, 사회료, 해설료, 심사료, 번역료 등 방송제작에 필요한 각 항목에 걸쳐 등급구분에 따른 회당 내지 방송시간 당 지급액이 정해져 있고, 이에 대한 관리 및 지급 업무는 원고 회사 총무부에서 맡아 하도록 되어 있다.

### (8) 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령의 규정

구성작가는 국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험 등 사회보장제도의 적용이 없고, 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받고 있지도 않다.

## 3. 법원의 판단

노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속 관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다 할 것이다(대법원 1993.5.25선고, 90누1731 판결 등 참조). 그리하여 노동조합법상 양당사자 사이의 사용종속관계 여부를 판단함에 있어서는 일차적으로 근로기준법상 사용종속성의 판단기준 즉... <중략>...을 종합적으로 고려하면서(대법원 2000.1.28선고, 98두9219판결 등 참조), 현대에 들어와 나타나고 있는 취업고용형태의 다양화 현상 및 헌법에 의거하여 근로자의 자주적인 단결권, 단체교섭권과 단체행동권을 보장하고자 하는 노동조합법의 입법목적 등에 비추어 당사자 관계의 전반에 나타나는 당해 근로제공관계의 특성 및 단결권 등 노동조합법상 보호 필요성 등을 함께 고려하여야 할 것이다.

이러한 관점에서 먼저 구성작가가 노동조합법상 근로자에 해당하는지 여부에 관하여 살펴보면, 구성작가가 제공하는 노무가 원고회사의 방송프로그램 제작에 있어서 중요한 부분에 속하고 구성작가가 원고회사의 직원인 PD 등 스태프들과 함께 팀을 이루어 PD의 책임과 주도 하에 업무를 수행함이 일반적인 점 등 노무의 성질 면에 있어서 종속성이 있다고 볼 수 있는 징표가 없지는 않다. 그러나 위 노무 공급과 관련한 구성작가와 원고 회사사이의 상호 관계의 면을 살펴보면, 위 인정사실에 비추어 볼 때 구성작가의 노무 제공이 원고 회사에 의하여 종속성이 인정될 정도로 지휘감독(지배 관리)된다고 볼 수 없다.

나아가 구성작가의 경제, 사회적 조건과 단결권 등 노조법상의 보호의 필요성 측면을 살펴보면, 일반적으로 구성작가란 방송작가 중에서 다큐멘터리, 교양오락프로그램, 쇼프로그램, 토크프로그램 등 비드라마 분야의 작가를 지칭하는 것으로 보이는 바, 방송매체의 다변화, 방송프로그램의 다양화 등에 따라 구성작가의 업무영역이 늘어나고 방송프로그램 제작의 전 과정에 참여할 것을 요구받는 등 과중한 업무에 시달림에도 불구하고 낮은 보수 및 지위의 불안정성 등에 대한 불만으로 구성작가들이 참가인 노조에의 가입 등 노동조합 결성을 시도하는 것으로 보인다. 그러나 같은 구성작가 내에서도 경력과 능력, 방송프로그램의 장르 등에 따라 PD와의 관계나 방송프로그램의 구속 정도, 프로그램 제작에 관여하는 정도 등 업무조건과 노무제공의 태양이 얼마든지 다를 수 있는 바, 이러한 다양한 조건의 구성작가를 비롯한 방송작가들을 아우르는 연합체로는 이미 사단법인 한국방송작가협회가 조직되어 있고, 위 협회 발행의 “2002 방송작가를 위한 가이드라인(구성·다큐멘터리 부분)”(갑 제5호 증)에 의하면 구성작가의 방송 참여를 일방에 의한 피고용관계가 아닌 프로그램집필에 관한 도급 내지 위임 계약으로 구성하고 그에 따라 구성작가의 업무 영역을 설정하며 구성작가의 저작권과 출퇴근시간의 자율성을 주장하는 등에서 보듯이 구성작가의 경제사회적 조건에 관하여 구성작가들 스스로가 근로자로 인식하지 않고 있으며, 이에 관한 사회적인 인식 또한 대체로 비슷한 것으로 보인다.

한편, 방송프로그램을 제작하는 원고회사로서는 제작에 필요한 다양한 인력을 충원함에 있어 원칙적으로 그 충원 방식 내지 계약 형태를 정할 수 있는 자유가 있다고 보아야 할 것인 바, 프로그램 연출자로서 제작을 책임지는 위치에 있는 PD는 원고 회사의 직원으로 고용하되, 프로그램의 지속적인 변화를 꾀하기 위해 프로그램 구성 및 원고 작성 등 구성작가의 업무영역은 그 업무특성 등을 고려하여 고용이 아닌 도급 내지 위임 형태로 충원한다고 하여 이를 두고 단지 노동법상의 책임을 면하기 위한 방편에 불과하다고 단정할 수 없고, 오히려 이들에 대하여 단결권 등 노조법상의 제반 권리를 모두 인정할 경우 원고 회사가 구성작가의 채용을 꺼리게 되어 구성작가의 업무영역이나 일자리 자체가 줄어드는 부작용이 발생할 가능성 또한 배제할 수 없다.

위와 같은 점들을 종합하여 보면 앞서 본 바와 같은 노무의 성질 면에서의 종속성의 징표 및 구성작가의 업무가 창조적, 전문적 영역에 속하여 구체적 업무수행과정에 대한 원고

회사 측의 관여는 간접적인 형태로 이루어질 수밖에 없다는 특성 등을 감안하더라도, 구성작가가 원고 회사에 대하여 종속적인 관계에서 노무를 제공하였다고 할 수 없으므로, 구성작가는 노조법상 근로자에 해당한다고 할 수 없다.

### Ⅲ. 평석

#### 1. 문제의 소재

급속히 확산되어 가고 있는 비전형근로자의 노동법 적용문제에 대하여는 해석론적 뿐만 아니라 입법론적으로도 중요하다. 이 사례에서 쟁점이 된 것은 구성작가 등이 노조법상의 근로자인가와 참가인 노조는 노동조합법상의 적법한 노동조합인가 하는 것이다. 여기서는 그 개념적인 접근으로 당 판결의 직업종사자들의 법적 지위를 확정하고 그에 따른 노조법상의 근로자성 판단 기준에 대하여 중점적으로 살펴보고자 한다.

#### 2. 특수형태근로종사자의 개념

##### (1) 학계의 동향

한편 특수형태근로종사자에 대한 일반적인 개념은 아직 사회적 합의가 완전히 이루어졌다고 볼 수는 없는 것 같다. 과거 노동법학계의 대체적인 추세는 비전형근로를 설명하는데 초점이 맞춰져 있었다.<sup>5)</sup>

5) 가령 “기간의 정함이 없는 근로계약에 기하여 사용자가 선택한 장소에서 통상적인 근로시간(동일 또는 유사한 업종에 종사하는 근로자의 평균적인 근로시간)동안 사용자의 구체적인 지휘·명령하에 행해지는 근로가 전통적인 노동법에서 염두에 두었던 전형적인 근로형태라면 이러한 전형적 근로와 한 가지 이상의 점에서 상이한 형태로 행해지는 근로를 비전형근로, 그리고 이러한 비전형근로에 종사하는 자를 비전형근로자라 부를 수 있겠다” 고 하며 그 유형을 기간의 정함이 있는 근로, 파견노동, 단시간근로, 가내근로 및 통신근로의 4가지로 나누어 설명하고 있는 견해(강성태, 『비전형근로와 노동법』, 대구대출판부, 2000, 1-12면 참조; 한편 강성태, “근로자의 개념(서울대박사학위논문)”, 1994, 129면 이하에서는 특수고용형태를 유형화시킴에 있어 가내근로와 채택근로를 한 유형으로 분류하고 있어 후술할 다른 견해들과 같은 의미로 판단된다), 또한 “전통적인 의미의 정규직근로자와 고용계약기간, 근로시간, 근무방법, 고용계약형태, 기업내부에서의 신분 등이 다른 근로자를 비정규직근로자, 그와 같은 고용형태를 비정규직 고용이라고 한다.”고 하며 임시직근로자, 시간제근로자, 파견근로자, 특수계약형 비정규근로자의 4가지 범주로 구분하는 견해(김태홍, “우리나라 비정규직의 고용추세와 정책방향”, 노동법률, 1999년 12월호, 22면 참조; 이원희, “비정규노동의 법적 보호의 새 경향”, 노동법연구 제11호, 2001, 8-11면도 같은 뜻), “비정규 근로란 임시직, 일용직, 단시간고용, 파견직 등 정규고용된 근로 이외의 근로를 말한다.”고 하는 견해(박홍규, 『노동법1』, 삼영사, 2002, 523면)도 같은 의미로 판단된다.



특수형태근로종사자의 개념에 대해서는 최근에 와서야 자세한 논의가 이루어지고 있다고 봐야 할 것이다. 즉 “특수형태근로종사자는 해당 사업주와 특정 노무의 제공을 약정하고 있지만 그 업무수행과 관련하여 사업주의 지휘, 명령에 구속되지 않는다는 의미에서 근로계약이 아닌 그 밖의 노무공급계약, 즉 자유로운 고용계약 또는 도급이나 위임계약에 의거하여 노무제공의무를 부담하는 자”라고 하는 견해<sup>6)</sup>, “특수형태근로종사자란 고용계약을 체결하지 않고 노무서비스를 제공하는 노동자로서, 독립 사업자의 외양을 띠고 있지만, 실질적으로는 특정 업체 혹은 다수의 업체에 경제적으로 종속되어 직·간접적 업무 지시와 감독 하에서 직무를 수행하는 노동자들이다.”라고 하는 견해<sup>7)</sup>, “사업에 노무를 제공하는 독립적 자연인 중 노무수령자와의 관계에서 근로자와 유사한 정도로 인적 또는 경제적 종속 내지 의존의 실질을 가진 자를 특수고용직 또는 ‘특수형태근로종사자’라고 한다.”는 견해<sup>8)</sup>, 근로계약이 아닌 다른 계약형식을 통해 노무를 제공하지만 노무제공의 상대방에 대한 종속성 내지 의존성이 존재하는 형태를 ‘특수고용 노동자’로 지칭하는 견해<sup>9)</sup>, 비공식 고용을 ‘규제 부재형’과 ‘규제 미준수형’으로 구분하고 이때 ‘특수형태근로종사자’는 규제 부재형 범주의 대표적 유형이라는 견해<sup>10)</sup>, 노무제공을 주된 사업내용으로 하는 기업에서 종래 근로자에 의해 수행되던 업무를 도급이나 위임계약을 체결한 자로 하여금 수행하도록 하는 형태로 사업을 운영하는 유형을 이른바 ‘특수형태고용종사자’라고 부르는 견해<sup>11)</sup> 등이 있다. 이러한 견해들은 특수형태근로종사자를 지칭하는 용어나 그 의미에서 약간의 차이가 있다.

한편 산재보험법에서는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 ①주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하여야 하고, ②노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자”라고 규정<sup>12)</sup>하고 있다. 따라서 여기에 덧붙

- 6) 김형배/박지순, 전거서, 412면 참조.
- 7) 조돈문 외, “민간부문 비정규직 인권상황 실태조사- 특수형태근로종사자를 중심으로”, 국가인권위원회, 2015년 11월 20일, 4면 참조.
- 8) 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권, 제3호, 2007년, 95면 참조.
- 9) 윤애립, “산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도의 문제점과 대안”, 노동법연구 제33호, 서울대 노동법연구회, 2012년, 48면 참조.
- 10) 도재형, “사법과 입법의 사각지대, 특수형태근로종사자”, 노동법연구 제34호, 서울대노동법연구회, 2013년, 238면. 한편 동 견해는 비공식 고용(informal employment)을 ‘노동법과 사회보장 제도 등의 보호를 받지 못하는 고용’으로 정의하고 있다. 도재형, 전거논문, 198면 참조.
- 11) 이승욱, “노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제”, 노동법학 제49호, 2014년 3월, 222-223면 참조.
- 12) 산재보험법 제125조 제1항: 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자(이하 이 조에서 “특수형태근로종사자”라 한다)의 노무(노무)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

여 시행령을 통해 보험설계사, 우체국 보험 모집인, 콘크리트믹서트럭 운전자, 학습지교사, 골프장 캐디, 택배 기사, 퀵서비스 기사, 대출모집인, 신용카드회원모집인, 대리운전자 등 9개 직종으로 한정하고 있다.<sup>13)</sup>

## (2) 외국의 동향

프랑스에서는 비전형고용이란 전형고용 이외의 것이며, 전형고용이란, 「인간의 생리에 가장 순응한 일조시간대에서의 규칙적인 『전일제 고용』, 고정적인 근무장소·시간의 안정한 영속적 고용을 보장하는 기간의 정함이 없는 노동계약에 의한 『무기한 고용』 그리고 사용자의 명확한 단일성을 실현하는 계약」이며, 비전형고용이란 전형고용의 내용중에서 「어느 것인가 1개 또는 복수의 요소에서 수정을 가하는 계약이다」라고 한다.

그러므로 비전형고용은 구체적으로는 통상의 근로자보다도 단시간으로 일하는 파트타임, 기간의 정함이 있는 고용계약으로 일하는 계약사원과 촉탁사원, 사용자이외의 파견사업주로부터 지휘명령을 받아 일하는 파견노동자, 출향노동자, 재택근무자등, 고용·취업형태의 다양화에 의해 출현하고 있는 여러 가지 형태를 말하는 것이다.

독일에서의 표준적노동관계의 개념도 거의 같으나, 정형적노동시간대에서 근무하고 있을 것 또는 임금이 월급제인 경우 등 노동조건에 대해서 표준성을 더하고 있어서, 변형노동시간대로 일하는 노동자나 연봉제 노동자도 표준적 노동관계에서 벗어나는 경우가 있다.<sup>14)</sup> 그러나 이것을 가지고 독일의 근로자가 상대적으로 노동법적 보호에 소홀하다고 볼 수는

1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것
2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니할 것
- 13) 산재보험법 시행령 제125조(특수형태근로종사자의 범위 등)를 정리하면 다음과 같다.
  1. 보험을 모집하는 사람으로서 「보험업법」 제83조제1항 제1호에 따른 보험설계사와 「우체국 예금·보험에 관한 법률」에 따른 우체국보험의 모집을 전업으로 하는 사람
  2. 「건설기계관리법」 제3조제1항에 따라 등록된 콘크리트믹서트럭을 소유하여 그 콘크리트믹서트럭을 직접 운전하는 사람
  3. 한국표준직업분류표의 세분류에 따른 학습지 교사
  4. 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제7조에 따라 직장체육시설로 설치된 골프장 또는 같은 법 제19조에 따라 체육시설업의 등록을 한 골프장에서 골프경기를 보조하는 골프장 캐디
  5. 한국표준직업분류표의 세분류에 따른 택배원인 사람으로서 택배사업(소화물을 집화·수송 과정을 거쳐 배송하는 사업을 말한다)에서 집화 또는 배송 업무를 하는 사람
  6. 한국표준직업분류표의 세분류에 따른 택배원인 사람으로서 고용노동부장관이 정하는 기준에 따라 주로 하나의 퀵서비스업자로부터 업무를 의뢰받아 배송 업무를 하는 사람
  7. 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 제3조제1항 단서에 따른 대출모집인
  8. 「여신전문금융업법」 제14조의2제1항제2호에 따른 신용카드회원 모집인
  9. 고용노동부장관이 정하는 기준에 따라 주로 하나의 대리운전업자로부터 업무를 의뢰받아 대리운전 업무를 하는 사람
- 14) 이상의 프랑스와 독일에서의 비전형노동관계의 개념에 대해서는 砂山克彦, “非典型勞動關係と法”, 21世紀の労働法第1卷, 有斐閣, 2000, 147-8면 참조.

없을 것이다.

한편, EU에서는 1998년에 supiot 교수를 총괄보고자로 하는 전문가집단에 의해 구주위원회에 제출된 연구보고인 『유럽에 있어서 노동의 변용과 노동법의 미래』에서 전통적인 노동법의 적용영역에서 받아들여지지 않는 다양한 노무공급계약이 발전된 결과 그 지위를 보장 받는 전형노동과 보장이 없는 비전형노동이라는 이분화가 진행되고 있다고 하였다.<sup>15)</sup> 이것은 결국 기존 노동법상의 보호여부에 따라서 분류한 방식일 것이다.

미국에서는 근로자정의를 매우 탄력적으로 해석하므로 상당한 특수계약형태근로자들의 근로자성이 인정받을 수도 있을 것이나 일부학자는 텔레워커에 대해 근로자성을 잘 인정하지 않는 것이 미국의 경향이라고 보고 있다.<sup>16)</sup>

일본에서는 최근 노동조합법상의 근로자를 인정하는 이른바 3부작 판결이 내려졌다.<sup>17)</sup> 즉 신국립극장운영재단 사건에서 오페라공연 합창단원에 대하여 노동조합법상의 근로자를 인정하였다.<sup>18)</sup> 또한 INAX메인트넌스 사건에서는 위생생활도기산업을 영위하는 INAX회사가 100% 출자한 자회사인 INAX메인트넌스에서 업무위탁계약에 의하여 애프터서비스 업무에 종사하는 고객기술직인 개인사업자를 노동조합법상의 근로자로 인정하였다.<sup>19)</sup> 또한 빅터서비스엔지니어링 사건에서는 음향기기 등의 제조회사인 모회사의 제품의 설치 및 수리 등을 업으로 하는 회사와 개인대행점을 운영하는 자들이 업무위탁계약을 체결하여 당해 수리 등의 업무를 수행하였다. 이들 개인대행점 운영자들은 노동조합을 결성하여 업무위탁자인 빅터서비스엔지니어링을 상대로 처우개선을 위하여 단체교섭을 요구하였는데, 최고재판소는 이들 개인대행점 운영자들을 노동조합법상의 근로자로 인정하였다.<sup>20)</sup>

15) 이 보고는 A. supiot(Rapporteur général), *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999, Beyond Employment, Oxford, 2001 로 공포되어있다; 이상은 島田陽一, “勞働形態の多様化と労働法”, 法律時報75卷5号(2003年3月), 6면에서 재인용.

16) 강성태, 전게서(2000), 244면 참조; 또한 FLSA나 NLRA등의 미국법상의 근로자성 판단의 접근방법에 대해서는 강성태, 전게학위논문(1994), 12면 이하 참조; 참고로 미국세청(Internal Revenue Service: IRS)재무부에서는 근로자의 지위를 결정하기 위한 분석도구이지 법적인 기준은 아니라고 하면서 근로자인가 독립계약자인가를 판단하는 20개의 분석기준을 제시하였다. 그런데 이 20개의 기준은 법원, 기업관리기관, 논평자들, 학자들에 의해 지속적으로 명료하게 언급되어 온 것들을 따른 것이다. 그 대략적인 것을 살펴보면, 명령에 누가 따르는가, 특별한 노무공급에 의해 사업이 지속되는 경우, 개인적인 노무급부, 사업보조수단제공, 작업시간설정, 풀타임의 근무요구, 사용자의 사업장 내에서의 작업인가, 정기적인 구두나 서면보고, 이익이나 손실의 취득자는 누구인가, 일반대중에게 유용한 서비스인가 하는 것 등이다; 이러한 IRS의 기준에 대한 자세한 것은 Dawn D. Bennet Alexander/Laura Pincus Hartman, 『Employment Law For Business』, Irwin Mcgraw-Hill, 2001, 48-50면 참조.

17) 송강직, “일본의 특수고용형태 종사자에 대한 논의 방향”, 인하대학교 법학연구, 제17집 제1호, 2014년 3월, 172면

18) 最高裁判所 2012.4.12.(第三小法廷平成21年(行ヒ)第226号). 송강직, 전게논문, 173면에서 재인용.

19) 最高裁判所 2012.4.12.(第三小法廷平成21年(行ヒ)第473号). 송강직, 전게논문, 173-4면에서 재인용.

20) 最高裁判所 2012.2.21.(第三小法廷平成22年(行ヒ)第489号). 송강직, 전게논문, 174-5면에서 재인용.

### (3) 검토

근로자성 판단의 구체적인 것은 후술하겠지만 일단은 개념상 본 평석대상 판결의 업무종사자들은 비전형근로자라고 보아야 할 것이며 그 중에서도 ‘특수형태근로종사자’라고 보아야 할 것이다. 특수형태근로종사자라는 용어는 2003년 노사정위원회에 특수형태근로종사자특별위원회가 만들어지면서 정부와 노사정위원회는 특수형태근로종사자를 공식적으로 사용하고 있다.<sup>21)</sup> 또한 ‘특수형태근로종사자’라는 용어도 통일적으로 사용되고 있는 용어는 아니다. 일반적으로 ‘특수형태근로종사자’란 종속적 노동의 모습(근로계약적 특징)과 함께 독립적 노동의 모습(자유계약적 특징)을 동시에 가지고 있는 노무공급관계를 지칭하는 것으로, 특히 계약의 외형은 도급·위임계약과 같은 자유노동계약이거나 이와 유사하지만, 계약의 존속과 실질적 전개과정에서 보이는 종속성이 일반 근로계약관계와 흡사한 점이 많은 노무공급관계를 말한다.<sup>22)</sup> 그러나 학자에 따라서는 ‘특수형태근로’, ‘특수계약형 비정규직 근로자’, ‘특수계약형태’ 등의 다양한 용어를 사용하고 있는데 각각의 의미와 포함 근로자들의 유형을 분석해 보면 약간의 차이는 있다고 판단된다.

‘근로자 유사한 자’인가? 2000년 10월 4일의 정부의 비정형근로자 보호대책에 의하면 이러한 특수고용관계종사자를 ‘근로자에 준하는 자’로 파악하여 보호하려는 것인데, 여기에 대해서 노동법학계는 긍정적인 효과도 상당부분 있지만 근기법상 근로자로 보호받아야 할 노무공급자들이 근로자에 준하는 자로 분류됨으로써 오히려 노동법의 보호대상에서 원칙적으로 제외될 수 있다는 근본적 단점을 지니고 있다는 점에서,<sup>23)</sup> 경영계에서는 민간경제질서의 혼란을 초래하여 결국 국민경제활동을 더욱 위축시킬 것<sup>24)</sup>이라는 점에서 논란이 있다.

## 3. 특수형태근로종사자의 근로자성에 대한 판단

### (1) 근로기준법상의 근로자성 판단에 대한 판례의 태도

특수형태근로종사자가 근로기준법상 근로자에 포함되는지에 대한 판례의 동향은 크게 2가지로 나눌 수 있다. 즉 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결과 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결이다.<sup>25)</sup>

21) 조돈문 외, 전계보고서, 4면.

22) 강성태, 『채택근무 근로자의 활성화와 노동법의 과제』, 명성사, 2002, 60면의 주74) 참조.

23) 김재훈, “특수형태근로에 대한 일본 개별근로관계법 및 판례상 취급과 시사점”, 서울대노동법연구 제11호(2001년 하반기), 96면; 김인재, “노동부의 비정형근로자보호대책에 대한 평가와 과제”, 노동법률, 2000년 11월호, 37면.

24) 예를 들면 이승길, “정부의 비정형 근로자 보호대책에 대한 재고”, 노동법률, 2000년 11월호, 40-41면 참조.

대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결은 근로자성 판단에 대한 원칙적인 접근이라고 할 수 있는 요소들을 제시한 바 있다. 즉 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對價的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.”라고 하였다.

이 판결에 대해 근로자성을 판단함에 있어 사용종속관계의 존재 여부에 따라 이를 정하여야 하고(종속성에 의한 판단), 그 사용종속관계는 계약의 형식이나 명칭이 아니라 노무공급관계의 실질에 따라 정하며(실질적 판단), 여기에 덧붙여 노무공급관계의 실질은 그것을 둘러싼 제반 요소를 종합적으로 고려하여 판단하고 있다(종합적 고려)고 보는 견해가 있다.<sup>26)</sup>

이러한 대법원 판결의 입장을 본 받아 거의 대부분의 사례에서 특수형태근로종사자들의 근로자성이 부정되어 왔다. 가령 골프장경기보조원,<sup>27)</sup> 레미콘기사,<sup>28)</sup> 보험모집인,<sup>29)</sup> 양복점

25) 강성태, 전계논문, 100면 이하 참조; 도제형, 전계논문, 213면 이하.

26) 이 견해는 나아가 이 판결에서 사용종속관계의 인정을 위해 채용한 요소들은 지휘명령의 존재 여부를 판단하는 요소(지휘명령성의 요소), 보수의 성격과 구성에 관한 요소(임금성의 요소) 및 기타의 요소 등 세 가지로 나누어 볼 수 있다고 한다. 첫째, 지휘명령성의 요소로서, ① 근로자가 담당하는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지는가, ② 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받는가, ③ 업무수행 과정에 있어서도 근로자가 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는가, ④ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는가, ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성이 있는가 등이 검토되고 있다. 둘째, 임금성의 요소로서 ① 보수가 근로 자체의 대상적(對價的) 성격을 갖고 있는가와 ② 기본급이나 고정급이 정하여져 있는가 등이 검토되고 있다. 셋째, 기타의 요소로서, ① 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, ② 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, ③ 세법(근로소득세의 공제 여부)이나 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, ④ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등이 검토되고 있다고 한다. 이상은 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제7권, 제3호, 2007년, 101-102면 참조.

27) 대법원 1996. 7. 30. 선고, 95누13432 판결.

의 재봉공,<sup>30)</sup> 오토바이퀵서비스기사,<sup>31)</sup> 지입차주,<sup>32)</sup> 지입중기차주인 기사,<sup>33)</sup> 방문판매 회사의 판매대리인,<sup>34)</sup> 학습지상담교사,<sup>35)</sup> 한국방송공사 드라마제작국에서 노무를 제공하는 외부제작요원<sup>36)</sup> 등이 그것이다.

위와 같은 대법원의 판례 법리는 2006년 판결을 통해 근로자성에 관한 판례 법리를 부분적으로 변경하였다.

즉 학원강사의 근로자성이 문제된 판결에서 대법원은 다음과 같이 실시한다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”<sup>37)</sup>

위 판결에서 밑줄 친 부분이 일반적으로 1994년의 판결에서 변경된 부분이라고 인정되고 있다.<sup>38)</sup> 이 2006년 판결에 대해서는 법원은 근로자성에 관한 종합적 판단 방법을 유지하면서 새로운 노무 제공 형태에 대응하여 근로자성 판단 기준을 유연화하고, 그 판단 요소들을 핵심적인 징표와 부차적인 징표로 구별하였으며, 경제적 종속성과 조직적 종속성을 고려

28) 대법원 1995. 6. 30. 선고, 94도2122 판결; 대법원 1997. 2. 14. 선고, 96누1795 판결; 대법원 2003.1.10 선고, 2002다57959 판결.

29) 대법원 2000. 1. 28. 선고, 98두9219 판결.

30) 대법원 2001. 8. 21. 선고, 2001도2778 판결.

31) 대법원 2004. 3. 26. 선고, 2003두13939 판결.

32) 대법원 1996. 11. 29. 선고, 96누11181 판결; 대법원 2001. 4. 13. 선고, 2000도4901판결.

33) 대법원 1997. 12. 26. 선고, 97누16534 판결; 대법원 1998. 5. 8. 선고, 98다6084 판결.

34) 대법원 2002. 7. 12. 선고, 2001도5995 판결.

35) 대법원 1996. 4. 26. 선고, 95다20348 판결.

36) 대법원 2002. 7. 26. 선고, 2000다27671 판결.

37) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

38) 강성태, 전게논문, 105면 이하 참조; 도재형, 전게논문, 218면 이하 참조.

하고 성과급 보수를 보는 관점을 유연화 하였다고 평가하고 이를 통해 법원은 근로자성 판단에서 고려하는 요소들에 대한 실질적 평가를 다시 시도할 수 있게 되었다<sup>39)</sup>는 측면에서 긍정적으로 평가하는 견해가 일반적이다.<sup>40)</sup>

이러한 2006년의 판결 법리는 이후 입시학원의 담임강사의 근로자성이 문제된 판결<sup>41)</sup>과 대학교 시간강사의 근로자성이 문제된 판결<sup>42)</sup> 등에서도 그 기초가 그대로 유지되고 있다.

## (2) 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자

노동조합 및 노동관계 조정법(이하 ‘노조법’)상의 근로자성 여부가 문제된 사건은 근기법상 근로자성이 문제된 사건에 비하여 상대적으로 적으며,<sup>43)</sup> 지금까지 살펴보았던 근로기준법상 근로자에 대한 판례의 입장과는 달리 일관성을 찾기 어렵다는 견해<sup>44)</sup>가 있다.

여기서 먼저 검토되어야 할 점은 노조법상의 근로자와 근기법상의 근로자는 그 의미상 구별되는가 하는 점이다. 판례는 사안에 따라 양 법률상의 근로자 개념을 구별할 수 있는 것으로 보고 있다고 판단된다.<sup>45)</sup> 즉 구직 중인 근로자가 노조법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제된 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결에서 “근로기준법은 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합

39) 한편 동 견해는 지휘명령권의 존재 및 보수의 근로대상성에 관해 탄력적 기준을 제시했다는 점, 임금과 사회보험 등과 관련된 요소에 대한 종전 평가 방법으로서의 복원이라는 측면에서 1994년 판결 이전으로 판례 법리로 회귀했다고 말할 수 있는 점도 있다고 하고 있다. 도재형, 전계논문, 218면 이하 참조.

40) 도재형, 전계논문, 218면; 김인제, “특수형태근로종사자의 법적 보호 방안”, 노동법학 제31호, 2009년 9월, 247면; 윤애림, 전계논문, 57면; 강성태, 전계논문 105면 이하에서는 2006년 신 판결은 기본 판결에서 사용하던 “구체적이고 직접적인 지휘 감독”이라는 표현 대신에 “상당한 지휘감독”이라는 표현을 사용함으로써, 지휘 감독관계의 판단에서 현대적 업무의 특성 및 업무 자체의 성격을 반영하려는 태도를 보이고 있다. 이 사건에서 원고들이 담당하였던 ‘강의’와 같은 업무에서 일반 근로자가 담당하는 업무에서 보이는 지휘 감독성을 요구한다는 것 자체가 무리한 것이었다고 하고 있다; 한편 이러한 판례의 태도 변화에 대해 특수형태고용종사자에 속하는 범주의 노무제공자들에게 특히 의미를 가진다고 하는 견해가 있다. 동 견해는 이러한 형태의 노무제공자는 기본급이나 고정급이 정하여지지 않은 보수형태를 가지고 근로소득세를 징수당하지 않으며 사회보험법상 “자영업자”로 취급받는 경우가 대부분일 뿐만 아니라, 노무제공 상대방으로부터 업무의 세세한 부분까지 통제받는다고 할 수는 없으나 “상당한” 통제를 받는다고 한다. 따라서 이러한 요소들에 대하여 근로자성 인정에 상대적으로 낮은 중요성을 부여한다면 근기법상 근로자로서의 지위가 반드시 부정되지 않을 수도 있다고 하고 있다. 이상은 이승욱, “노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제”, 노동법학 제49호, 2014년 3월, 229면 이하 참조.

41) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결

42) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018,13025 판결

43) 이승욱, 전계논문, 230면.

44) 강성태, 전계논문, 108면.

45) 강성태, 전계논문, 108면; 도재형, 전계논문, 222면.

계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)은 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점”을 지적한 후 “노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 … 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아닌 점 등을 근거로, … ‘구직중인 여성 노동자’ 역시 노조법상의 근로자에 해당[한다]”고 판단하였다.

또한 대법원 1993. 5. 25. 선고, 90누1731 판결도 양 법률상의 근로자를 구별하여 판단하고 있다. 즉 “노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속 관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다 …

① 소외회사에 소속된 캐디들은 내장객의 경기보조업무를 수행함에 있어서 캐디마스터등 소외회사의 직원의 지시를 받으며, 출근에 있어서도 소외회사에 의하여 지정된 번호순서에 따라 출근시간이 정하여지며, 새벽근무도 해야 하고, 휴장일에도 출근하여 교육이나 골프장 시설청소 등을 해야 하는 등 소외회사의 지휘 감독 하에 노무를 제공하여야 하며, 캐디가 캐디마스터 등 소외회사 측의 업무지시나 결정에 위반하거나, 무단결근 등의 경우에는 벌칙으로서 캐디들의 수입에 결정적인 타격을 주는 일정기간 근무정지나 배치거부 등의 제재를 가하고 있고, 소외회사 측에 의하여 지명된 캐디조장에 의하여 캐디를 통제하고 있는 점,

② 또한 캐디는 내장객 보조업무가 종료되면 소외회사로부터 보수 즉 캐디피를 지급받는 바, 위 캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발·채용될 때에 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금원인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 “기타 이에 준하는 수입”으로 못볼 바도 아니라고 보여지는 점(캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 위에 보인 바와 같이 캐디피의 지급의무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다),

③ 그 외에도 캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에



거의 전속되어 있다고 보여지는 점 등이 엇보이는바, 이러한 사정들에 비추어 보면 소외회사 골프장 소속의 캐디들은 소외회사와의 사이에 종속적 노동관계에 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 위 캐디들은 이를 노동조합법상의 근로자로 볼 수 있[다]”고 판단하였다.

반면 대법원 2005. 11. 24. 선고, 2005다39136 판결은 양 법률상의 근로자성 판단에 차이가 없어 보인다. 즉 “학습지교사가 피고 회사로부터 위탁계약에 따른 최소한의 교육 등을 받을 의무가 있을 뿐 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 학습지교사는 피고 회사의 정직원과는 달리 그 채용부터 출퇴근시간, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없고 다른 곳의 취업에도 특별한 제한이 없는 점에 비추어 피고 회사에 전속되어 있다고 볼 수 없는 점, 학습지교사가 피고 회사로부터 지급받는 수수료 등은 그 위탁업무수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고(선정당사자) 및 선정자와 같은 학습지교사는 피고 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없으므로, 선정자 전국학습지산업노동조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 위 선정자조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단하였다. …거기에 노동조합법상의 근로자의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판단하였다.

### (3) 본 판결의 검토

본 사례에서와 같이 비전형근로자로 판단하더라도 특수형태근로종사자들의 노동법적 보호에는 많은 문제점이 있는 것이 사실이다.

여기서는 당 판결에서 문제가 된 노조법상의 근로자의 판단기준에 대해 살펴보고자 한다. 노조법 제2조 제1호는 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다고 규정하고 있다. 이것은 근로기준법 제2조 제1항 제1호의 근로자에 대한 정의와는 다르다는 것이 학설의 입장이다. 즉 근기법에서의 그것이 주로 국가의 직접적 개입에 의한 보호의 필요성이 있는 자인가를 중심으로 한 것인 반면, 노조법에서의 그것은 국가의 직접적 개입이 아니라 노무공급자들 사이의 단결 등을 보장해줄 필요성이 있는가 라는 관점에서 접근하고 있으며 ‘기타 이에 준하는 수입’은 독자적인 의미를 가진 것으로 보기 때문에 노조법상 근로자 개념이 보다 넓은 개념이라고 생각되며 독일이나 미국 등에서도 집단적 노사관계법상의 보호를 받는 노무공급자의 범위는 개별적 근로

관계법상의 그것보다 넓게 파악하고 있다. 가령 독일법에서 협약능력이 있는 단결체를 결성할 수 있는 자에는 ‘근로자’ 외에 ‘근로자유사한자’도 포함하고 있으며, 미국법에서도 테프트 하틀리법보다 우리노조법과 더욱 유사한 와그너법에서는 이른바 ‘제정법상의 목적기준’과 ‘경제적 실체기준’에 의해서 광의의 노무공급자를 동법상의 근로자에 포함시켰다.<sup>46)</sup>

그러나 우리 대법원 판례는 사용종속성에 의하여 근로자를 판단하는데 노동조합법상 당사자 사이의 사용종속관계 여부를 판단함에 있어서 일차적으로 근로기준법상 사용종속성의 판단기준을 사용하기 때문에 결국 양법상의 근로자 개념을 동일한 것으로 보고 있지 않은가 하는 의문이 있다. 하지만 그 종속관계를 판단할 때 고려하는 요소는 근로기준법상 근로자성을 판단하는 것과 구별한다고 보아야 할 것이다. 즉 사용종속성은 근로자성을 판단하는 요소임이 분명하나, 사용종속성 유무를 판단하는 방식까지 근로기준법상 근로자성과 노조법상 근로자성에서 동일해야 하는 것은 아니라는 것이다.<sup>47)</sup> 또한 특정 사용자와의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우 노조법상 근로자 개념은 사용종속관계를 반드시 필요로 하지 않는다는 점도 고려해야 할 것이다.<sup>48)</sup> 이러한 상황은 우리와 법제가 유사한 일본의 재판례에서도 볼 수 있으며 노동자개념의 통일성을 주장하는 견해도 있다.<sup>49)</sup> 그러나 현재와 같이 사용종속성을 엄격히 해석하여 「고용=종속노동」과 「도급·위임=비종속노동」이라는 2분법에 의거한 풀타임의 정규 남성노동자의 기간이 정함이 없는 고용계약(고용)을 주로 대상으로 구축되어온 전통적 노동법 모델은 기업조직 가운데 도급과 위임 등의 다양한 노무공급계약을 포함하는 상황에서는 고려되어야 한다.<sup>50)</sup> 여기서 근로자성의 판단기준에 대한 새로운 지표의 필요성이 제기되는데 이하에서는 강성태 교수의 기준에 의하여 본 평석대상판결의 판단기준들을 재구성해 보았다.<sup>51)</sup>

#### 1) 포괄적 의미에서의 지휘감독의 존재여부

이를 파악함에 있어서는 노무공급관계의 성립과 종료에 대한 주도권이 누구에게 있는가

46) 이상의 근기법과 노조법상의 근로자개념비교에 대해서는 강성태, 전계학위논문(1994), 174-176면 참조.

47) 도제형, 전계논문, 222면.

48) 도제형, 전계논문, 222면 참조.

49) 橋本陽子, “集團的勞動關係において労働者”, (最高裁第1小判 昭和51年5月6日 民集30卷4号437頁-CBC管絃樂團勞組事件), 別冊ジェリリスト(2002年11月), 9면 참조; 그러나 橋本陽子교수는 이 판례평석에서 노동기준법의 노동자 개념과 노동조합법상의 그것과는 다르다고 주장한다.

50) 石田眞, “企業組織の變動と雇用形態の多様化”, 法律時報75卷5号(2003年3月), 12면 참조.

51) 이하의 판단기준은 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 노동법학 제11호(2002년 11월), 49면 이하를 전적으로 참조하여 본 사례에 적용시킨 것이며 이 기준은 근기법상의 그것이므로 노조법상의 근로자성 판단기준으로 사용할 때에는 더 유연하게 해석될 여지가 있음을 밝혀둔다; 한편 강성태 교수의 이러한 접근방법은 레미콘 운송차주의 노조법상 근로자성이 문제로 된 인천지법 부천지원 2001. 4. 13선고, 2001카합160결정에서 인용된 바 있다.

를 중요하게 고려하여야 한다. 당 평석판결에서는 ① 구성작가가 스텝회의에 반드시 참석하여야 할 의무가 있다고 할 수 없고, 본래의 업무인 프로그램 내용 구성 및 원고 작성 업무 이외에 출연자 섭외, 촬영·편집시 동행참여 등 프로그램 제작과정 전반에 대한 참여가 강제되어 있는 것도 아닌 점. ② 실제로 팀 체제 내에서 PD 등이 구성작가의 업무수행을 지시, 감독하는 관계에 있다고 보기는 어려운 점. ③ 원고회사측이 구성작가의 모집, 채용, 교육 등에 관여하고 있지 않고 ④ 근무시간과 근무장소를 통제하고 있지도 않다고 하였는데 이러한 법원의 판단들을 재검토해보면, ①의 판단은 본래의 업무에 대한 참석의무 내지 실태가 중요한 판단기준이지, 그 이외의 부수적인 업무에 대한 참여의무를 근로자성 부인의 근거로 삼는다는 점에서 부당하며 나머지 점들에 대해서도 구체적인 노무공급의 시간, 장소, 내용, 태양 등에 관해서는 노무공급자의 일정한 자율에 맡기고 포괄적인 의미에서의 지휘감독을 행하는 경우가 증대하고 있으므로 지휘감독의 존재여부는 보다 포괄적인 의미로 파악되어야 한다고 생각된다.<sup>52)</sup>

### 2) 제공된 노무의 당해 사업에서의 필요성의 정도

제공된 노무가 당해 사업운영에 있어서 통상적으로 필요한 것일 때에는 당해 노무공급자의 근로자성은 강해진다. 그러나 판례는 “구성작가가 제공하는 노무가 원고회사의 방송프로그램 제작에 있어서 중요한 부분에 속(한다)”고 하면서도 이 부분에 대한 판단은 하고 있지 않아 근로자성의 판단지표로는 전혀 고려하지 않고 있다고 생각된다.

### 3) 노무공급자의 사정

특히 노무공급자에게 독립사업성이 있는가와 관련이 있다. 여기서 우선 고려되어야 할 것은 사용자에게 대한 노무공급의 계속성과 전속성의 정도이다.

둘째로는 시설·장비 및 주요 재료의 소유관계이다.

셋째로 고려되어야 할 것은 이익과 손실에 대한 독자적 기회의 존재여부이다. 노무공급에 관련하여 발생하는 이익과 손실의 귀속주체가 노무공급자였다고 한다면 그 노무공급은 공급자 본인의 사업으로서의 성격을 띠겠지만 반면에 사용자에게 귀속하였다면 그 노무공급은 사용자의 사업에 결합된 것으로서 노무공급자의 근로자성을 강화할 것이다.

넷째로 고려되어야 할 것은 제3의 노동력의 이용여부이다.

마지막으로 고려되어야 할 것은 노무공급자에게 요구되는 지식이나 경험의 정도이다.

당 평석판결에서는 ⑤ 구성작가의 업무에 대체성이나 독자적 영업가능성이 없다고 할 수

52) 가령 성상희, “근로기준법과 노동조합법상 근로자의 개념”, 노동법률, 1999년 10월호, 41면에서는 예를 들어 종합병원의 과장급 의사는 자신의 업무와 관련하여 누구로부터도 구체적인 업무지시나 지휘감독을 받지 않는다고 한다.

없고 원고회사에만 전속되어 있는 것도 아니며, ⑥ 비품, 작업도구 등의 소유, 이용이 전적으로 구성작가 개인에게 맡겨져 있는 점이 근로자성 부인의 고려요소로 판단되었다.

먼저 ⑤의 영업가능성에 대해 판단해보면, 구성작가가 한 방송국에서 매일 또는 매주의 일정한 간격으로 일정한 시간대의 방송에 맞추어야하는 경우와 그가 여러 작품을 자신의 선택에 의해 여러 방송국에 실제로 판매·공급하고 있는 경우와는 다르지 않겠는가. 또한 ‘한국방송작가협회’에서 제시하고 있는 방송프로그램 집필시 필요한 ‘방송각본집필계약서(표준)제10조가목’에서는 방송각본집필자는 본 작품 완료시까지 다른 방송사업자의 TV 프로그램을 집필할 수 없다고 되어 있어<sup>53)</sup>, 당사자의 특약이 없는 한 영업가능성은 원천적으로 봉쇄되어 있다고 보아야 한다. 단지 가능성만으로 근로자성을 부인하는 것은 비약이다. 참고로 독일에서는 자유롭게 집필하기로 집필계약을 체결하였지만 사실상 방송계획, 방송시간에 맞추고 연출가의 지시에도 따라야 하는 구성작가나, 프리랜서로서 활동하기로 되어 있지만 실제로는 방송국에 있으면서 방송사의 온갖 지시와 계획에 맞추어야 하는 번역작가는 근로자에 해당된다고 보았다.<sup>54)</sup> 다음 ⑥에 대해서는 장비 등의 소유관계를 판단함에 있어서는 실질적 지배관리력이 누구에 있는가를 면밀하게 파악하여야 한다. 또한 노무공급자가 보유, 관리하고 있는 시설이나 장비가 소액 내지 사소한 것이거나 또는 명목상의 것에 불과한 경우에는 근로자성이 약화되지 아니하며 특히 그 소유하고 있는 시설과 장비가 특정한 사업을 위해 전속적으로 이용되고 있다면 도리어 노무공급자의 근로자성을 강화하는 징표가 될 것이다.

#### 4) 보수에 관한 사항에 대한 실질적 측면에서의 접근.

당 판결은 ⑦ 보수결정이 기본적으로 개인의 능력과 구성능력 및 프로그램 자체의 난이도에 따라 이루어질 뿐 근로시간 등과는 무관하며, 기본급이나 고정급이 따로 정하여져 있는 것도 아니어서 근로자체의 대상적 성격을 가진 것으로는 보기 어려운 점등에 비추어 볼 때, 구성작가의 노무제공이 원고회사에 의하여 종속성이 인정될 정도로 지휘·감독(지배·관리)된다고 볼 수 없다고 판결하였다.

기본급이 있다면 근로자성을 추정할 수 있는 강한 요소가 될 것이나 그것이 없다고 하여 근로자성이 부정될 수 있는 큰 이유는 될 수 없다. 왜냐하면 기본급의 설정여부는 사용자가 일방적으로 정할 수 있는 것일 뿐더러 우리 근기법 제46조는 “사용자는 도급 기타 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에 대하여는 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다”고 하여 기본급이 없이 실적이나 업적에 따라 보수가 정해질 수도 있음을 전제하고 있

53) <http://www.ktrwa.or.kr/> 의 저작권자료실 참조.

54) BAG, Urteil von 11.3. 1988-5 AZR 522/96, NZA 13/1998, 705 ff; 이상의 독일의 예는 김상호, “학술·예술·정보 분야 종사자에 관한 노동법·저작권법적 고찰”, 노동법학 제10호(2002년 8월), 173면에서 재인용.

기 때문이다.

한편 당 판결은 ⑧구성작가를 비롯한 방송작가들을 아우르는 연합체로는 이미 사단법인 한국방송작가협회가 조직되어있고, 위 협회발행의 “2002방송작가를 위한 가이드라인(구성·다큐멘터리 부문)”에 의하면 구성작가의 방송참여를 일방에 의한 피고용관계가 아닌 프로그램 집필에 관한 도급 내지 위임 계약으로 구성하고 그에 따라 구성작가의 업무영역을 설정하며 구성작가의 저작권과 출퇴근시간의 자율성을 주장하는 등에서 보듯이 구성작가의 경제·사회적 조건에 관하여 구성작가들 스스로가 근로자로 인식하지 않고 있다고 하였다. 여기서 이 “2002방송작가를 위한 가이드라인”이 피고들의 근로자성을 부인하는 결정적인 증거자료가 되었다고 생각된다. 살피건대 저작권의 유무와 근로자성 판단과는 아무런 관련이 없다. 저작권법 제9조는 “법인·단체 그 밖의 사용자의 기획 하에 법인 등의 업무에 종사하는 자가 업무상 작성하는 저작물로서 법인 등의 명의로 공표된 것(이하 “단체명의 저작물”이라 한다)의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 기명저작물의 경우에는 그러하지 아니하다.”고 하고 있으며 특허법 제33조 제1항은 “발명을 한 자 또는 그 승계인은 이 법에서 정하는 바에 의하여 특허를 받을 수 있는 권리를 가진다.”고 하여 근로자도 저작권자나 특허권자로서의 권리를 누릴 수 있도록 되어있다. 또한 가이드라인을 분석해보면 근로자성을 부인할만한 근거로 삼을만한 부분도 없지 않으나 결국 노무공급형태에 관계없이 실질적인 사용종속관계가 중요한 요소라고 할 것이고 이는 당 판결도 실시하고 있는 바이며 오히려 필자의 분석으로는 근로자성 추정의 근거가 훨씬 더 많다고 판단된다.<sup>55)</sup>

또한 리포터, MC, DJ의 경우에는 프로그램에 종속되는 정도나 스텝으로서의 참여 정도가 구성작가에 미치지 못하는 것으로 보고, 구성작가가 노동조합법상 근로자에 해당한다고 할 수 없는 이상, 이들 또한 노동조합법상 근로자에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였는데 이들이 일률적으로 구성작가보다 업무종속정도가 약하다고 하는 것은 검토의 여지가 있다고 생각한다.<sup>56)</sup>

#### IV. 맺음말

지금까지 특수형태근로종사자들의 보호에 관하여 방송작가의 근로자성여부를 중심으로 살펴보았다. 자세한 것은 각각의 문제되는 곳에서 논하였으므로 여기서 다시 논의할 필요는

55) 약 50여 쪽의 분량 중 문제가 될 수 있는 부분이 “구성작가들은 신분이 프리랜서임에도 불구하고 방송사에 상근하다시피 일을 하고 있는 것이다” 등의 문구를 포함하여 명시적으로 프리랜서라고 지칭한 부분이 단 3군데 나오는 반면 그 외에는 근로자성을 추정할 수 있는 자료들이라고 생각된다.

56) 이들의 업무영역과 근무실태에 관해서는 경남지방노동위원회명령2001.9.28, 2001부노19 참조.

없을 것이다. 다만 방송작가 등 특수형태근로종사자들의 보호를 위해서는 계약 및 근로실태를 중심으로 새로운 시각으로 이 문제를 바라봐야 한다고 생각한다. 방송작가의 주요 업무는 방송프로그램 대본을 작성하는 것이다. 그러나 방송작가는 대본만 쓰는 것이 아니라 방송프로그램 전반을 구성하는 업무를 부수적으로 수행한다. 구체적으로 아이디어 회의, 프로그램 출연자를 찾고 섭외하는 일, 현장에서 진행을 돕는 일, 행정과 정산을 지원하는 일 등이다. 즉, 방송프로그램 한 회가 시작부터 끝까지 잘 진행될 수 있도록 모든 과정에 관여하는 업무를 수행하는 것이다. 업무 과정에서 작가의 노동자성을 판단할 수 있는 기준인 종속성 기준은 막내작가, 서브작가, 메인작가에 따라 조건이 다르다. 우선 메인 작가의 경우 방송프로그램제작 과정에 따라 방송사 또는 외주제작사와 출퇴근 시간을 조정할 수 있다. 또한 작가 업무의 재량이 상대적으로 존재한다. 그러나 막내작가나 서브작가의 경우는 출근시간이 정해져 있고, 조직 구조 속에서 메인 작가가 업무 수행과정을 지휘·감독하는 구조다. 막내작가나 서브작가는 출퇴근 시간이 정해져 있고 업무량이 많기 때문에 2개 이상의 프로그램에 참여하거나, 저임금을 보존하기 위해 다른 아르바이트 등을 할 수 없다고 한다.<sup>57)</sup> 따라서 막내작가나 서브작가의 경우 현재 하고 있는 방송프로그램 제작 외의 일을 할 수 없는 경제적 종속성을 잘 보여주고 있다고 할 수 있다.

19세기가 자영업자의 사회이며, 20세기는 노동자의 사회였다면 21세기는 양자의 구별을 버린 취업자의 사회로 되었다고 보고 법은 이러한 현실에 적절하게 대처하여야 할 것이다.<sup>58)</sup> 그러나 전술한 바와 같이 우리 판례는 노조법상의 근로자개념이 근기법상의 그것보다 더 넓은 개념임에도 양자를 사용종속관계라는 동일한 기준으로만 해석하고 있어 사회적 이슈로 대두되고 있는 특수고용형태 근로자들의 단결권보장에 많은 문제가 있을 것으로 생각된다. 이상과 같은 이유로 본 판결의 입장에 반대하며 피고들은 적어도 노조법상의 근로자로 인정받기에는 부족함이 없다고 여겨진다.

57) 방송작가들의 업무 및 계약실태에 대해 자세한 것은 조돈문 외, 전계보고서, 159-165면 참조.

58) W. Hromadka, "Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers", DB 1998, S. 201; 이상은 柳屋孝安, "非勞動者と勞動者概念", 21世紀の労働法第1卷, 有斐閣, 2000, 146면에서 재인용.

## 참고문헌

- 강성태, “근로자의 개념(서울대박사학위논문)”, 1994
- 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제 7권, 제3호, 2007년
- 강성태, “특수고용직의 노동법적 보호: 판례상 근로자 판단방식의 변화를 중심으로”, 노동정책연구 제 7권, 제3호, 2007년
- 강성태, 『비전형근로와 노동법』, 대구대출판부, 2000
- 강성태, 『재택근무 근로자의 활성화와 노동법의 과제』, 명성사, 2002
- 김상호, “학술·예술·정보 분야 종사자에 관한 노동법·저작권법적 고찰”, 노동법학 제10호(2002년 8월)
- 김인재, “고용형태의 다양화와 노동기본권”, 노동법학 제28호(2008. 12.)
- 김인재, “특수형태근로종사자의 법적 보호 방안”, 노동법학 제31호, 2009년 9월
- 김재훈, “특수형태근로에 대한 일본 개별근로관계법 및 판례상 취급과 시사점”, 서울대노동법연구 제 11호(2001년 하반기)
- 김태홍, “우리나라 비정규직의 고용추세와 정책방향”, 노동법률, 1999년 12월호
- 김형배/박지순, 노동법강의, 박영사, 2017년
- 도재형, “사법과 입법의 사각지대, 특수형태근로종사자”, 노동법연구 제34호, 서울대노동법연구회, 2013년
- 박흥규, 『노동법1』, 삼영사, 2002
- 성상희, “근로기준법과 노동조합법상 근로자의 개념”, 노동법률, 1999년 10월호
- 송강직, “일본의 특수고용형태 종사자에 대한 논의 방향”, 인하대학교 법학연구, 제17집 제1호, 2014년 3월
- 윤애림, “산재보험법의 특수형태근로종사자 특례제도의 문제점과 대안”, 노동법연구 제33호, 서울대노동법연구회, 2012년
- 이승길, “정부의 비정형 근로자 보호대책에 대한 재고”, 노동법률, 2000년 11월호
- 이승욱, “노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제”, 노동법학 제49호, 2014년 3월
- 이승욱, “노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제”, 노동법학 제49호, 2014년 3월
- 이원희, “비정규노동의 법적 보호의 새 경향”, 노동법연구 제11호, 2001
- 조돈문 외, “민간부문 비정규직 인권상황 실태조사- 특수형태근로종사자를 중심으로”, 국가인권위원회, 2015년 11월 20일
- Dawn D. Bennet Alexander/Laura Pincus Hartman, 『Employment Law For Business』, Irwin McGraw-Hill, 2001
- 橋本陽子, “集團的労働關係において労働者”, (最高裁第1小判 昭和51年5月6日 民集30卷4号437頁 -CBC管絃樂團勞組事件), 別冊ジェリスト(2002年11月)
- 島田陽一, “労働形態の多様化と労働法”, 法律時報75卷5号(2003年3月)

砂山克彦, “非典型勞動關係と法”, 21世紀の労働法第1卷, 有斐閣, 2000

石田眞, “企業組織の變動と雇用形態の多様化”, 法律時報75卷5号(2003年3月)

柳屋孝安, “非労働者と労働者概念”, 21世紀の労働法第1卷, 有斐閣, 2000

투고일자 : 2018. 02. 26

수정일자 : 2018. 03. 26

게재일자 : 2018. 03. 31

K C I



# <국문초록>

## 특수형태근로종사자들의 보호에 관한 연구

이 우 진

특수형태근로종사자는 노동자임에도 근로기준법과 노동조합및노동관계조정법(이하 노동조합법)의 ‘근로자’ 개념 정의에서 배제됨으로써 근로기준법과 노조법 등 노동관계법의 적용을 받지 못하고 있어 노동계와 학계에서는 비정규직의 한 유형으로 분류되어 특수고용 비정규직으로 명명되고 있다.

현행 근로기준법과 노동조합법은 근로자의 개념을 매우 좁게 규정하고 있어 특수형태근로종사자들의 대다수가 근로자의 범주에 속하지 못하게 됨으로써 노동관련 법규들의 보호를 받지 못하고 있다. 즉 우리 판례는 노동조합법상의 근로자개념과 근로기준법상의 근로자개념이 다를 수 있는데도 양자를 사용종속관계라는 동일한 기준에 집착하여 해석하고 있는 경향이 있다.

이는 사회적인 이슈로 대두되고 있는 특수형태근로종사자들의 단결권보장에 많은 문제가 있을 것으로 생각된다. 이 글에서는 이와 같은 문제점에 대해 주로 판례의 동향을 중점적으로 살펴보고 검토하였다. 특히 방송국 구성작가 등의 사례를 중심으로 특수형태근로종사자들의 근로자성 판단에 대한 기준을 재구성해 보았으며 노동조합법상의 근로자와 관련하여 대다수의 특수형태근로종사자들에게 노동삼권을 보장하는 방식으로 해석론을 전개해야 한다는 것이 본고의 입장이다.

주제어: 특수고용직, 근로자, 자영인(독립계약자), 비전형근로

KCS I